



七方法研

2026年

1期

总第37期

民商纵横 | 医美纠纷案例下的维权难点解构与权利保障路径 ——马珂

罪与罚 | 涉赌行为的法律边界与刑事风险解析——纪冲

聚焦劳动法 | 网络主播跳槽的“紧箍咒”：竞业限制条款的效力分析

——严佩珊

LAW

民商纵横

| | |
|------------------------------|----|
| 医美纠纷案例下的维权难点解构与权利保障路径----- | 01 |
| 建设工程领域资质借用人与出借人对外如何承担责任----- | 05 |
| 浅析执行中的参与分配制度 ----- | 10 |

家长里短

| | |
|--|----|
| 房子写子女名字，离婚时就归子女？ ——上海法院裁判口径解析 ----- | 15 |
|--|----|

罪与罚

| | |
|---------------------------------|----|
| 涉赌行为的法律边界与刑事风险解析 ----- | 20 |
| 《治安管理处罚法》新规与刑法正当防卫的区别分析别分析----- | 26 |

公司治理

| | |
|--|----|
| 关联交易合规路径指南 ——以新《公司法》即司法解释征求意见稿为视角 ----- | 29 |
| 简析受欺诈受让股权维权路径 ----- | 34 |

聚焦劳动法

| | |
|---|----|
| 网络主播跳槽的“紧箍咒”：竞业限制条款的效力分析----- | 38 |
| “客观情况发生重大变化”解除劳动合同实务分析 ——以《劳动合同法》第四十条为视角 ----- | 43 |

医美纠纷案例下的维权难点解构与权利保障路径

作者：马珂

近年来，随着居民收入水平稳步提升与审美观念持续升级，中国医疗美容行业已步入快速发展通道，市场整体规模早已突破千亿元，成为全球第二大医美市场。

“千亿市场”的光环折射出我们这个时代对美的渴望、对医疗美容技术的追捧。但这些寄希望于医疗美容的医美消费者们真的通过手术变美了吗？

显然并不全是。中国整形美容协会统计平均一年有 20000 起由于医疗美容导致毁容的投诉记录，平均每年黑医美致伤致

残人数约为十万人，多数消费者投诉报案无门，维权异常艰难，严重影响着他们的生活。

中国整形美容协会法务部主任曹伟总结道，医美失败后消费者维权往往会经过以下过程：先和医院协商、打投诉电话，再去医院闹事、在互联网上谩骂，最后才会想到法律诉讼。其中，只有不到三分之一的消费者会采取诉讼的方式维权，更多人会选择和医院协商或闹事。是什么让这些医美消费者的维权道路如此艰难？

一、医疗事故纠纷案件的核心难点

（一）损害结果的认定难

“失败的要怎么界定？可能没有实际上的损害，但是确实不如之前的好看”，医美投诉案件中，消费者这样的描述屡见不鲜。医美效果受到审美修养、喜好、他人评价等多方面影响，缺乏客观损害证据。医美消费者从美学角度提出医美手术没有达到预期效果，不属于法院认定的人身损害范畴，也难以从医疗损害责任角度评

判是否构成医疗损害。且整形手术前，医美消费者通常缺乏相应的术前检查，既无法证明医疗行为发生前的身体状况，也为后续手术埋下了安全隐患。整形失败后，部分医美消费者会自发在他院进行修复、改造，使得产生争议的医疗美容行为与造成的损害之间的因果关系更难以举证。

（二）过错认定与因果关系界定难

医疗行为具有极强的专业性、复杂性和不确定性，普通民众乃至法官都难以仅凭常识判断医疗机构及医务人员是否存在过错，以及过错与损害后果之间的因果关系。医疗纠纷案件中的过错认定与因果关系界定高度依赖专业司法鉴定，而双方对鉴定意见的争议也成为案件处理的核心梗阻点。此外，医疗事故鉴定不同于一般的人伤鉴定，需要原告自身对医疗机构的哪些具体医疗行为存在异议的前

提下进行，而不是将整个医疗过程的全部档案交予鉴定机构判定，因此医疗纠纷往往需要原告及其代理律师具备一定的医学知识，能够在繁杂的医疗文件中找出医疗机构可能存在过错的具体行为。医疗损害后果的形成往往掺杂患者自身身体状况、医疗技术局限等多重因素，这进一步增加了因果关系划分和责任比例认定的难度。

（三）双方举证能力失衡难弥合

医疗纠纷案件中，医疗机构掌握着患者的病历资料、诊疗记录、手术方案等核心证据，而患者往往处于信息不对称的弱势地位，举证能力明显不足。实践中，部分医疗机构可能存在隐匿、篡改病历资料的情况，也有部分医疗机构存在病历不详

实，导致患者无法有效举证，进一步加剧了维权难度。同时，对于医疗机构是否具备相应诊疗资质、医务人员是否具备执业资格等关键事实，患者也难以全面核查，需要耗费大量时间和精力搜集证据。

二、普通民众防范不正规医疗机构的建议

（一）严格核查机构与人员资质

选择医疗机构前，务必通过卫生健康行政部门官网等官方渠道，核查机构是否具备《医疗机构执业许可证》，诊疗范围是否涵盖拟接受的医疗服务项目。同时，

核实医务人员是否具备《医师执业证书》《医师资格证书》，对于医疗美容等特殊领域，还需确认医务人员是否具备相应的专项资质。避免选择无资质的“黑诊所”

“美容工作室”，以及超出诊疗范围开展业务的机构。以往案例中许多医疗机构虽具备相应资质，但手术效果不佳仍引发纠

纷，因此资质核查仅是基础，还需关注机构的诊疗水平。

（二）详细了解诊疗方案与风险告知

接受诊疗前，要求医疗机构详细说明诊疗方案、手术流程、预期效果、可能存在的风险及应对措施，并签署正式的风险告知书。对于告知书中不明确的条款，务必要求医务人员作出明确解释，避免因

“盲目求美”或“信息模糊”签署不平等协议。以往案例中，虽医患双方签署了告知书，但医方存在违反注意义务的过错，导致手术效果不佳，因此民众在签署告知书时，需仔细核对条款，切勿草率签字。



（三）妥善留存全部诊疗相关凭证

诊疗过程中，务必妥善留存病历资料、手术记录、缴费凭证、费用清单、药品处方等所有相关凭证，这些凭证是发生纠纷时的重要证据。同时，建议对诊疗过程中

的重要沟通内容（如手术方案调整、风险提示等）进行书面记录或录音录像，避免后续产生争议时无据可依。

（四）理性看待诊疗效果，拒绝“夸大宣传”

对于医疗机构的宣传内容，要保持理性判断，避免轻信“零风险”“完美效果”等夸大宣传。尤其是医疗美容领域，需充分认识到手术效果受个人身体状况、医疗

技术局限等多种因素影响，不存在绝对的“理想效果”。因此民众在接受诊疗前，需对预期效果作出合理预判，避免因“效果未达预期”引发纠纷。

（五）提前了解维权途径，强化风险防范意识

了解医疗纠纷的维权途径，如与医疗机构协商、向卫生健康行政部门投诉、申请司法鉴定、提起民事诉讼等。若接受诊疗后出现异常情况，及时就医检查，并保留相关诊疗记录，第一时间与原医疗机构沟通协商，必要时寻求专业律师帮助。同时，可通过购买医疗责任保险等方式，降

低维权成本和风险。对于涉及较高费用的诊疗项目，建议提前咨询专业人士，充分评估风险后再作出决定。

三、律师建议

医疗事故纠纷案件的处理因专业性强、举证难度大等特点，维权过程往往较为漫长复杂。普通民众需通过强化资质核查、留存凭证、理性认知等方式，提前防范不正规医疗机构带来的风险，切实维护自身的生命健康权。消费者在进行医美项目、选择医美机构时，不要盲目相信网上的种草、分享。一般来说，前往有正规资质的医美机构接受服务相对更有保障。



马珂 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：刑事辩护

联系方式：021-56782789



建设工程领域资质借用人与出借人对外如何承担责任

作者：甘雯雯

资质是建筑企业施工能力和信誉的认证。在建设工程领域，不具备相应建筑资质的企业或自然人，借用具有资质的企业的名义承包工程施工的现象较为常见。如果工程施工过程中资质借用人欠付分包人的工程款或者因为工程质量问题面临发包人的质量索赔，资质借用人与出借人对外如何承担责任？笔者将就建设工程领域资质借用人与出借人对外承担责任的几种情形在本文做一一梳理。

一、借用资质施工导致工程质量缺陷的，借用人与出借人应承担连带责任

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第七条：“缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签

订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。”即建筑施工出借资质的企业对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任。我国立法界对连带责任的适用持谨慎态度，更为注重责任承担与主观过错的统一，对于建设工程质量，资质出借人负有监管方面的过失，其与存在故意或过失的资质借用人一起就质量问题应向发包人承担连带赔偿责任。

最高人民法院在2025年11月发布的建设工程质量保护的六个典型案例中，就有一个资质借用人与出借人对发包人的质量索赔承担连带责任的案例。

该案中，石某借用某建设公司资质与某食品公司签订《建设工程施工合同》，约定施工内容为建设综合生产车间、原料生产车间、门卫、道路、绿化围墙等。工

程完工后已交付使用，一直未竣工验收。某食品公司发现案涉工程存在墙体、地面开裂等情况，认为石某应当对工程质量缺陷进行修复，双方就此产生争议。某食品公司起诉请求石某与某建设公司支付工程质量修复费。诉讼过程中，鉴定机构受法院委托出具鉴定意见为：综合生产车间、原料车间、挡土墙等工程质量不合格，修复费为770万余元。

审理法院认为，借用资质施工的情况下，发包人有权请求资质出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任。本案中，某建设公司将其资质出借给石某承揽工程，石某施工的工程出现质量缺陷，某建设公司依法应与石某对质量缺陷修复费承担连带赔偿责任。故判决：某建设公司与石某连带给付某食品公司质量缺陷修复费770万余元。

二、工程施工中，资质借用人对外实施的民事行为，出借人是否共同承担责任，不能一概而论，仍然需要审查签订合同的主体，结合签约时的具体情况及履行情况综合评判

（一）资质借用人以自己的名义对外实施民事行为

对于在借用资质施工中，资质借用人单纯以自己名义对外实施民事行为，资质出借人未参与合同的签订以及履行的情形下，依合同相对性原则由借用人自行对外承担民事责任，在实践中并无异议。

但是，现实中经常存在以下情形，即合同虽然是资质借用人以自己的名义签订的，但是相对人根据资质借用人提供的材料有理由相信其是代表出借人或者得到出借人授权委托的，资质出借人对于合同的缔结、相对人的损失有一定的过错，可承担补充赔偿责任。

在最高人民法院 2022 年 3 月 30 日裁判的吕某、河南展辉建筑工程有限公司等建设工程施工合同纠纷民事再审一案中，展辉公司明知法律禁止建筑施工企业将

本企业的资质证书等出借他人，仍允许丁某借用其资质，并向丁某出具授权委托书，且工程施工合同中明确约定展辉公司委派丁某为案涉项目现场展辉公司的代表，负责施工现场的项目管理工作。丁某虽以自己的名义与吕某签订施工合同，但施工合同系在复印的工程施工合同上签订，吕某根据合同内容有理由相信丁某签订施工合同系代表展辉公司，展辉公司在施工合同签订中存在明显过错，应承担相应的补充责任。法院综合工程施工合同及施工合同的履行情况、当事人的过错程度等因素，根据公平原则和诚实信用原则，酌情认定丁某向吕某支付工程款及利息，展辉公司在欠付工程款及利息的范围内承担 30% 的赔偿责任。

（二）资质借用人以出借人的名义对外实施民事行为

在建设工程领域，资质借用人以出借人的名义对外实施的民事行为，围绕工程施工中的人工、材料、机械这三大要素，

包括转包、分包、买卖、租赁等，其责任主体和责任形态在实践中存在较大争议。笔者分以下两种情形予以阐述。

1. 相对人明知借用资质关系的存在，应当知道与其履行合同的真实交易人是资质借用人，而非出借人，可认定相对人与资质借用人之间直接存在合同关系，由资质借用人对其直接承担合同责任，而资质出借人对于相对人的损失有一定的过错，可依过错程度承担补充责任。

在这种情形下，虽然相对人与资质借用人签订合同，但是因为相对人自身已经知晓该合同的签订是为了规避资质借用人没有合同签约主体资格的法律风险，合同的实际履行一方是资质借用人，相对人对自己的损失也有一定的过错，从而实质上减轻了资质出借人在该种情形下的过错程度。

但是，审判实践中，资质出借人需要举证证明合同相对人是明知资质借用关系的存在仍然签订并履行合同，法庭对于资质出借人的举证责任要求非常高。资质出借方如想尽可能保护自己的权益，就需要做好合同缔结阶段以及施工过程中相关证据的留存。

2. 相对人不明知借用资质关系的存在，资质借用人以出借人的名义实施的与工程项目施工有关的民事行为，应视为资质出借人对借用人的概括授权。

该种情形下，可以以表见代理的构成要件对合同的签订、履行过程进行实质性审查，若符合以被代理人名义从事法律行为，且具有代理权外观、本人可归责性、相对人善意无过失等表见代理构成，相对人可以直接要求由资质出借人承担责任。同时，因借用资质实际上是一种借名行为，

资质借用人以出借人名义对外交易，借用人不仅享有交易利益，而且直接对相对人的债权不能实现具有重大过错，符合连带责任的一般法理，笔者倾向于应由资质借用人出借人承担连带责任，实践中相对人可以依照民法典第一百七十八条关于连带责任的规定，结合当事人之间的明确

约定作为请求权的依据。

需要注意的一点是，在该种情形下，资质借用人与出借人之间的内部协议无法对抗相对人的请求。比如，资质出借人在把资质出借给借用人之时，签订了诸如挂靠协议之类的合同，约定资质借用人借

用资质所从事的民事活动所引起的后果均由借用人自行承担，该约定仅对借用资质的双方产生效力，无法对抗善意第三人。资质出借人在承担了对相对人的付款责任之后，可以依据其与资质借用人之间的内部协议向借用人追偿损失。



甘雯雯 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方建设工程法律业务部 副主任

业务方向：建设工程与房地产

民商事、企业合规

联系方式：13564750281

浅析执行中的参与分配制度

作者：钱辰旭

参与分配制度是强制执行程序中的一项重要制度，旨在解决多个债权人对同一被执行人财产如何公平受偿的问题，也是申请执行人在执行过程中获得清偿的一种重要方式。以下，便对该项制度做一个介绍和分析。

一、参与分配制度的概况

根据最高院在(2019)最高法执复14号裁定书中的相关意见，在司法实践中，参与分配可分为广义和狭义两种：

1、广义的参与分配：指不管被执行人是否为企业法人，只要涉及多个债权人对其财产申请分配的，执行法院均应当制作财产分配方案，并送达各债权人和被执行人的分配方式。

2、狭义的参与分配：特指被执行人为

公民或者其他组织时，在其财产不能清偿所有债权的情况下，按债权比例公平清偿的分配方式。

鉴于广义的参与分配在实践中存在特殊性和争议（法院对企业法人是否直接适用参与分配制度可能持有不同的观点和态度，更倾向的意见是通过对企业申请破产获得分配），故本文主要针对狭义的参与分配进行解析。

二、申请参与分配需要满足的要求

1、参与分配的对象要求：被执行人为公民或者其他组织。

2、参与分配的时间要求：根据《最高人民法院关于适用民事诉讼法解释》第506条的规定，申请人应当在执行程序开始后，被执行人的财产执行终结前提出参与分配申请。其

中需要注意的是，针对申请参与分配的截止日期，在司法实践中，最高院和各地法院大致存在诸如以下的不同观点：

(1) 以“被执行人财产分配完毕之日”为限（可参考(2022)最高法执监109号执行裁定书）。

(2) 以“案款到达主持分配法院的账户之日”和“拍卖、变卖成交确认裁定或以物抵债裁定送达之日”为限（可参考在北京高院于 2013 年 12 月 18 日印发的《北京市法院执行工作规范》的第 331 条、北京高院的（2022）京执复 229 号执行裁定书和福建省福州市中院的（2020）闽 01 执复 87 号执行裁定书）。

(3) 以“分配方案送达第一个当事人的前一工作日”为限。

可参考四川省高院发布的《关于适用参与分配制度的执行指南》第九条第一款、江苏省高院发布的《江苏省高院关于正确理解和适用参与分配制度的指导意见》以及四川省眉山市中院的（2024）川 14 执复 17 号《执行裁定书》。

3、对被执行人财产状况的要求：需要满足执行人的财产已不能清偿所有债权的情况。在司法实践中，如果有下列情形之一的，可能会被法院认定为被执行人的财产不能清偿所有债权：

(1) 执行法院通过网络执行查控系统及线下调查或者搜查所发现的被执行人财产已经不足以清偿所有已知债权的；

(2) 被执行人存在因无财产可供执行，在本案或另案中被法院终结执行程序的情况；

(3) 被执行人虽有其他财产，但系难以处置变现的股权、农村宅基地或者依法不得执行的财产。

(4) 其他能够证明被执行人财产不能清偿所有债权的情形。

4、参与分配的执行依据要求：

(1) 申请参与分配的普通债权人需要先取得执行依据（例如人民法院制作的发生法律效力判决书、裁定书或调解书等）；

(2) 有优先权、担保物权的债权人无需取得执行依据，可以直接申请参与分配，并主张优先受偿权。

三、参与分配的方式

1、查明主持分配的法院：依据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第56条的规定，对参与被执行人财产的具体分配，应当由首先查封、扣押或冻结的法院主持进行。故主持财产分配的法院，原则上通常为首先查封、扣押或冻结被执行人该项财产的法院。

2、向主持分配法院提交申请材料：

在查明主持分配的法院后，申请人可以通过以下方式向主持分配的法院提交参与分配的书面申请：

(1) 尚未申请执行的申请人：通常，申请人在申请书中需写明以下内容并附

上执行依据：①申请人参与分配的请求和理由；②申请人债权金额；③申请人债权类型（普通债权、有优先权或担保物权的债权）；④被执行人不能清偿所有债权的事实；⑤其他与参与分配有关的事实、理由和法律依据。

(2) 已经申请执行的申请人：如果是申请人已经申请强制执行的情况下，申请人可以向其执行法院提交参与分配申请书，由执行法院将参与分配申请书以及该案件的执行情况说明（由执行法院提供）一起提交给主持分配的法院。

四、参与分配的清偿顺序和比例

依据最高院《关于适用民诉法解释》第508条的规定，参与分配的清偿顺序为：①执行费用→②优先债权（担保物权、优先权等）→③普通债权。其中，对于普通债权，原则上按照其占全部申请参与分配债权数额的比例受偿。此处，需要注意的

是，针对首先财产保全或查控到财产的债权人，有部分地区的法院均规定了可以在参与分配过程中适当多分配财产，例如：

1、北京市：参考《北京市高、中级人民法院执行局（庭）长座谈会（第五次会议）纪要—关于案款分配及参与分配若干问

题的意见》第 15 条规定，若执行标的物为债权人在诉前或诉讼（仲裁）中申请保全的财产，在清偿完优先受偿的债权后，可对该债权人视情况优先予以适当补偿，但补偿额度不超过未受偿债权金额的 20%。

2、浙江省：参考《浙江省高级人民法院关于在立案和审判中兼顾案件执行问题座谈会纪要》第三条第（四）项规定，对成功财产保全到财产的债权人，在参与分配时，除扣除其为保全、处置财产所支出的合理的差旅费用、垫付的评估费等外，还可适当多分，但最高不得超过 20%。

3、江苏省：参考《江苏省高级人民法院关于正确理解和适用参与分配制度的指导意见》第 10 条规定，对符合“分配财产系根据其提供线索查控所得、或分配财产系其首先申请查控所得、或分配财产系其行使撤销权诉讼、执行异议之诉或者通过司法审计、悬赏执行等方式查控所得”等情况的债权人可适当提高分配比例，但原则上不超过其按债权比例分配时应分得款项的 20%。

4、重庆市：参考《重庆市高级人民法院关于执行工作适用法律若干问题的解答（一）》的规定，对符合“依债权人提供的财产线索，首先申请查封、扣押、冻结并有效采取措施的债权、或依债权人申请采取追加被执行人、行使撤销权、悬赏执行、司法审计等行为而发现被执行人财产。”等情况的债权人，在保证参与分配债权都有受偿的前提下，可适当予以多分，多分部分的金额不得超过待分配财产的 20%且不高于该债权总额，未受偿部分的债权按普通债权比例受偿。

5、包头市：参考《包头市中院关于印发关于执行程序中参与分配的实施细则的通知》第 10 条规定，对符合“因其查到法院未能依职权查明的财产线索而实施查封，并积极预交测绘、评估费用”的债权人，可以适当提高执行款分配比例。其债权额高于控制财产价额的，则在其债权额的范围内，提高比例幅度为控制财产价额的 15%到 20%；其债权额低于控制财产

价额的，则在控制财产范围内，提高比例幅度为其债权额的15%到20%。

6、福州市：参考《福州市中级人民法院关于参与分配具体适用的指导意见(试

行)》第9条规定，对首先采取财产诉讼保全措施的债权人，可以适当提高执行款分配比例，具体提升幅度同上述包头市的规定。

五、律师建议

参与分配制度是申请执行人在被执行人财产不能清偿所有债权时获取被执行人财产分配的重要方式。在执行过程中，建议注意以下几点：

1、当穷尽手段仍未能首位查封到被执行人的有效财产时，就需要考虑被“被执行人是否已经存在不能清偿所有债权？”的可能，并开始密切关注被执行人名下的各类财产的执行情况，做好申请参与分配的准备工作。

2、需要注意参与分配的申请方式和截止日期，尽早地申请参与分配，以及时保障自身权益。

3、在条件允许的情况下，在申请参与分配之前，先申请执行法院查封或轮候查封待分配的被执行人财产。

4、在参与分配过程中，需要注意对被查控财产有重要贡献的债权人的特殊分配比例。

钱辰旭 律师

上海七方律师事务所 合伙人

业务方向：疑难案件执行、商事诉讼与仲裁
资产处置及企业法律顾问

联系方式：19821802660



房子写子女名字，离婚时就归子女？ ——上海法院裁判口径解析

作者：吕连连

在家庭购房过程中，不少夫妻出于为子女预留财产等考虑，将未成年子女列为房屋共有人，甚至直接登记为唯一产权人。然而，当婚姻关系破裂，此类房产如何分割？子女名下的份额是否当然归其所有？成年子女能否参与父母离婚诉讼中的财产分配？

这些问题看似简单，实则涉及物权登记效力、夫妻共同财产认定、赠与意思表示及未成年人权益保护等多重法律维度。本文结合上海高院的指导意见和生效判例，梳理三类典型情形，厘清司法实践中的裁判逻辑。

一、房屋仅登记于未成年子女一人名下

（一）不当然认定为子女个人财产

实践中，许多家庭将房屋单独登记在未成年子女名下，往往出于规避限购政策、隔离债务风险或满足入学条件等现实考量，而非真实赠与意图。对此，上海高院在《民事法律适用问答》（2005年第3期）中明确指出：“夫妻双方共同出资购买房屋后，产权只登记在未成年子女名下，并不意味着该房屋的真实产权人即为该未成年子女，而应考量夫妻双方在购买房屋时的真实意思。”

最高人民法院民事审判第一庭在《民

事审判实务问答》中进一步阐释：“人民法院应注意审查夫妻双方在购买房屋时的真实意思表示。如确有证据证明其真实意思系将房屋赠与未成年子女，则离婚时应认定为子女个人财产，由直接抚养方代管；反之，则应作为夫妻共同财产处理。”

（二）举证责任分配

主张房屋属于子女个人财产的一方，负有举证责任，需提供以下任一证据：

书面赠与协议；购房时明确表达赠与意思的聊天记录、录音、邮件等；资金来源于一方个人财产（非夫妻共同财产）且

专用于赠与购房。若无法提供充分证据，法院通常推定房屋为夫妻共同财产，以防

止一方通过“挂名”方式隐匿、转移夫妻共同财产。

二、房屋登记于夫妻双方及未成年子女名下

(一) 法律定性：原则上构成家庭成员间的共同共有

根据《上海市高级人民法院关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》2005年第12条第2款规定：“夫妻双方婚后共同出资购买的产权房，无论登记为夫妻双方或一方，均为夫妻共同财产。若产权登记中有子女，则为夫妻双方与子女共同所有。在产权登记中未约定按份共有的，应认定为共同共有。”该条款明确：只要使用夫妻共同财产出资购房，即使产权登记包含未成年子女，亦不当然视为对子女的完全赠与；若登记簿未载明具体份额比例，应推定为共同共有，而非按份共有。

(二) 司法实践：共同共有≠均等分割

【(2020)沪02民终8447号离婚后财产纠纷案】王某与陈某1系夫妻关系，生育陈某2。系争房屋产权登记在父母及未成年子女名下共有，不同于因考虑各种因素将产权全部登记在未成年子女一人名下，王某与陈某1在夫妻关系存续期间

2015年12月25日取得系争房屋，产权登记在王某、陈某1、陈某2三人名下，意味着该房产登记人是真实的产权人，将陈某2作为产权共有人之一，应视为登记在陈某2名下的部分房产是王某与陈某1对孩子的赠与，王某、陈某1、陈某2三人作为家庭成员，对该房屋产权有共有的基础，对共有关系应视为共同共有，陈某2应享有登记在该产权证上所相应的权利，陈某2随陈某1生活，为了孩子的生活和学习环境稳定，该房产权归陈某1、陈某2所有、王某取得产权折价款较妥。考虑到陈某2没有还贷的能力，可以酌情少分。

上海二中院认为：该情形不同于因限购、避债等原因将房屋全部登记在未成年子女一人名下的“挂名”安排。在产权证上主动添加子女姓名，体现了父母对其享有一定产权份额的明确意思表示，三人基于家庭关系形成共有基础，应认定为共同共有，但未成年子女可以酌情少分。

(三) 离婚分割处理规则

未成年子女的份额原则上予以保留，

由直接抚养方代为管理。值得注意的是，这种情况下，即便登记时采用按份共有，未成年子女占比高达 99%，法院仍可能综合考量出资来源、购房目的、家庭实际生活状况等因素，不机械采纳登记比例作为分割依据。为平衡夫妻双方权益，子女实际分得比例常低于登记比例，司法实践中多在 10%至 20%之间酌定（尤其在全部出

资来源于夫妻共同财产的情形下）；剩余部分作为夫妻共同财产，在无特殊情形下一般均等分割。

关键提示：不动产权属证书具有公示效力，但在婚姻家庭内部纠纷中，法院更注重探究当事人的真实意思表示与实际出资情况，登记状态并非不可推翻。

三、房屋登记于夫妻及已成年子女名下

（一）离婚诉讼中不予处理

根据上海法院统一裁判口径，成年子女系独立民事主体，其对房屋享有的物权不能在父母离婚诉讼中一并裁决。法院通常会告知当事人：“涉及成年子女权益的部分，不属于本案离婚纠纷审理范围，应另行提起离婚后财产分割。”

【（2017）沪 0109 民初 5137 号离婚后财产分割】原告与被告王某某原系夫妻关系，1995 年 11 月 20 日登记结婚，1998 年 7 月生育一子即本案被告某某 2，后夫妻二人购买房屋按份共有登记在夫妻二人及某某 2（未成年）三人名下（父母各 1%、子 98%），原告与被告王某某于 2013 年 5 月 16 日经上海市第二中级人民法院二审判决离婚，现原告起诉要求处理三人

名下的房产，认为是夫妻共同财产。本院认为，赠与就是将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人接受赠与的财产。父母将房产全部或部分登记在未成年孩子名下行为，应是父母主观上愿意将登记在未成年子女名下的产权份额赠送给未成年子女。但是，对于因房屋产生的债务，应由夫妻负责偿还。

上海市高级人民法院《关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》（十二）又明确：“鉴于未成年子女未出资，也不承担还贷义务，在处理房产权利金额适当调整子女所得比例。”从条文中看出父母离婚处理房产时，子女还未成年，父母将房产登记在未成年子女一人名下，有一定的随意性，未成年子女可能不理解赠与的含义，也可

能没有表示过接受赠与的意思，未成年子女接受赠与的行为其实均是由监护人代为确认，房产引起的债务，由父母承担，而未成年子女虽接受了赠与，但无还债能力，故在父母离婚时，登记在未成年子女一人名下的可以作为家庭共同财产处理并可调整产权份额比例；而本案被告羌某2接受房产赠与时虽未成年，现处理房产时已成年，被告羌某2在本案坚持要求取得系争房屋98%产权份额，表示被告羌某2接受了赠与，且该房产权不是登记在被告羌某2一人名下，而登记在原、被告三人名下，原告与被告王某某各占1%产权份额，被告羌某2占98%份额，产权登记不具有随意性，体现了原告与被告王某某赠与被告羌某2产权份额意思表示明确，当时被告羌某2未成年，无购房能力，但有接受赠与的权利，且现在被告羌某2已成

四、律师建议

(一) 慎将未成年子女单独登记为产权人，若仅为情感表达或遗产规划，可通过遗嘱、信托等方式实现，避免过早固化物权关系。

(二) 明确共有性质与份额，如确需登记子女为共有人，应在不动产登记时选

择按份共有，并注明具体比例(如：父30%、母30%、子40%)，减少解释空间。

年，更有接受赠与的能力，也有管理赠与物的能力，已成年子女的财产应受到法律保护，本案房产权涉及被告羌某2的份额应适用我国关于赠与的法律规定，故该房98%产权份额应认定为被告羌某2的财产。

(二) 后续确权路径

成年子女可依据《民法典》第303条，另行起诉请求分割共有财产。分割原则如下：若登记为按份共有，原则上按登记比例分割；若登记为共同共有且无其他约定，一般推定等额享有(即各占1/3)；但如有证据证明某共有人未实际出资或贡献显著较少，法院可依公平原则调整份额。

建议：家庭成员间就房产份额达成合意的，应签署书面协议，并向不动产登记机构申请办理按份共有登记，以避免未来争议。

择按份共有，并注明具体比例(如：父30%、母30%、子40%)，减少解释空间。

(三) 完善证据留存机制，保留购房合同、付款凭证、家庭会议记录、微信沟通截图等，以备未来还原真实意思表示。

五、结语

房产证上的名字，承载着亲情，也牵涉着法律。在婚姻稳定时，加名是爱的表达；在关系破裂时，它却可能成为争议的导火索。上海法院的裁判立场清晰而审慎：尊重登记外观，更重视实质公平；保护未

成年人权益，亦不纵容权利滥用。唯有在温情之外保持理性，在信任之中筑牢规则，方能真正实现“家安”与“产稳”的双重目标。



吕连连 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与股权业务部 副主任

业务方向：民商事争议解决、公司法

联系方式：135 6435 0327

涉赌行为的法律边界与刑事风险解析

作者：纪冲

在亲友聚会时打牌带点“彩头”，在网上为竞技比赛结果“助兴”下注，在微信群里发起“抢红包接龙”等等这些看似寻常的娱乐社交活动，实则暗藏法律风险。许多人认为，这只是“小赌怡情”、“玩玩而已”，属于个人自由。但这些行为稍有不慎，就可能悄然越过法律的红线，不仅可能面临罚款、拘留等行政处罚，甚至有可能触犯刑法，构成犯罪。我国《刑法》第三百零三条前两款规定了【赌博罪】与【开设赌场罪】，其核心就在于对“以营利为目的”的“聚众赌博或以赌博为业”和“开设赌场”等危害社会管理秩序行为进行严厉打击。罪与非罪的边界究竟在哪里？哪些行为暗藏风险？我们又该如何识别与防范？

一、赌博罪与开设赌场罪的刑法规定

五万元以上；

简介

3、组织三人以上赌博，参赌人数累计

（一）赌博罪的入罪标准

二十人以上；

赌博罪是指以营利为目的，实施聚众赌博或者以赌博为业的行为。赌博罪的入罪标准为，根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定：以营利为目的，聚众赌博，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：

4、组织我国公民十人以上赴境外赌博，从中收取回扣、介绍费；

5、其他聚众赌博应予追究刑事责任的情形。以营利为目的，以赌博为业的，应予立案追诉。

赌博罪主要打击两类群体：以营利为目的的“赌头”和嗜赌成性的“赌棍”。

1、组织三人以上赌博，抽头渔利数额累计五千元以上；

“以营利为目的”，是指行为人聚众赌博或赌博为业是为了获取金钱和财物，一般表现为以钱财作赌注，而不是为了消

2、组织三人以上赌博，赌资数额累计

遣、娱乐；“聚众”是指纠集 3 人以上进行赌博；“以赌博为业”是指以赌博所得为其生活或挥霍的主要来源。

（二）开设赌场罪的入罪标准

根据我国刑法第 303 条及司法解释相关规定，开设赌场罪是指以营利为目的，为他人进行赌博提供场所、设定赌博方式或建立赌博网站、担任代理接受投注等行为，本罪的犯罪构成要件包括如下：主体上，犯罪主体为一般主体，即年满 16 周岁、具有刑事责任能力的自然人；主观上，行为人主观上必须为故意且以营利为目的；客体要件上，侵犯的客体是社会管理秩序，破坏国家禁止赌博的法律规定；客观要件上，主要有网络开设赌场、线下开设赌场、以赌博机开设赌场、组织跨境赌博开设赌场四种情形，并达到一定的法定标准。客观要件上的入罪标准如下：

线下开设赌场（注：无统一明确规定，一些省有细化标准，一般参照《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中关于聚众赌博规定）：

- 1、组织 3 人以上赌博，抽头渔利数额累计达到 5000 元以上的；
- 2、组织 3 人以上赌博，赌资数额累计达到 5 万元以上的；
- 3、组织 3 人以上赌博，参赌人数累计达到 20 人以上的；
- 4、其他开设赌场应当追究刑事责任的情形。

网络开设赌场（根据《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》规定）：

- 1、建立赌博网站并接受投注的；
- 2、建立赌博网站并提供给他人组织赌博的；
- 3、为赌博网站担任代理并接受投注



- 的；
- 4、参与赌博网站利润分成的。

以赌博机开设赌场（根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的意见》规定）：

- 1、设置赌博机 10 台以上的；
- 2、设置赌博机 2 台以上，容留未成年人赌博的；
- 3、在中小学校附近设置赌博机 2 台以上的；
- 4、违法所得累计达到 5000 元以上的；
- 5、赌资数额累计达到 5 万元以上的；
- 6、参赌人数累计达到 20 人以上的；
- 7、因设置赌博机被行政处罚后，两年内再设置赌博机 5 台以上的；
- 8、因赌博、开设赌场犯罪被刑事处罚后，五年内再设置赌博机 5 台以上的；
- 9、其他应当追究刑事责任的情形。

组织跨境赌博开设赌场（根据《办理跨境赌博犯罪案件若干问题的意见》规定）：

- 1、境外赌场经营者、实际控制人、投资人，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的；

- 2、境外赌场管理人员，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的；

- 3、受境外赌场指派、雇佣，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博，或者组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博，从赌场获取费用、其他利益的；

- 4、在境外赌场包租赌厅、赌台，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的；

- 5、其他在境外以提供赌博场所、提供赌资、设定赌博方式等，组织、招揽中华人民共和国公民赴境外赌博的。

在境外赌场通过开设账户、洗码等方式，为中华人民共和国公民赴境外赌博提供资金担保服务的，以“开设赌场”论处。

（三）赌博罪与开设赌场罪的本质区别

赌博罪与开设赌场罪的主要差异体现在客观条件、危害程度和刑罚轻重上。赌博罪主要针对聚众赌博中的“赌头”和以赌博为业的“赌棍”。开设赌场罪则针对开设与经营赌场，将零散赌博行为转化为有组织性、持续性大范围赌博的赌场经营，其行为具有明显的经营性、组织性、

控制性和规模性特点。开设赌场罪的具体特征包括：有专门用以赌博的场所（线上或线下）；对不特定人开放；设定赌博规则；提供资金结算服务；具有较为固定的营利方式等等。赌博罪最高可判处三年有期徒刑，而开设赌场罪最高可判处十年有期徒刑。



二、不构成犯罪的常见情形

除明显无法达到前述涉赌犯罪的入罪标准外，根据相关司法解释和司法判例，以下几种情形通常不构成犯罪：

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》：不以营利为目的，进行带有少量财物输赢的娱乐活动，以及提供棋牌室等娱乐场所只收取正常的场所和服务费用的经营行为等，不以赌博论处。

如参考案例【入库编号 2024-18-1-

286-001，（2023）冀 0102 刑初 466 号】：无证经营棋牌室，仅收取正常服务费、未抽头渔利的行为，不应以赌博犯罪论处。

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的解释》：对受雇佣为赌场从事接送参赌人员、望风看场、发牌坐庄、兑换筹码等活动的人员，除参与赌场利润分成或者领取高额固定工资的以外，一般不追究刑事责任，可由公安机关依法给予治安管理处罚。对设置游戏机，单次换取少量奖品的娱乐活动，不以违法犯罪论处。入库案例【入库编号 2024-06-1-286-002，（2011）镇经刑初字第 0056 号】：根据司法解释规定，虽明知他人开设赌场仍参与经营活动，但不参与赌场的经营决策，只是根据老板的安排分别负责销售赌博筹码币、在赌博机上为赌客上分、退分和退币、日常记账以及维修机器等，在赌场运作中所起作用有限，未参与赌场投资和分红，所获仅为劳务报酬，应认定为情节显著轻微危害不大，依法不应认定为犯罪。

三、其他可能构成共同犯罪的行为

(一)明知是赌博网站，而为其提供下列服务或者帮助的，属于开设赌场罪的共同犯罪：

1、为赌博网站提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、投放广告、发展会员、软件开发、技术支持等服务，收取服务费数额在2万元以上的；

2、为赌博网站提供资金支付结算服务，收取服务费数额在1万元以上或者帮助收取赌资20万元以上的；

3、为10个以上赌博网站投放与网址、赔率等信息有关的广告或者为赌博网站投放广告累计100条以上的。

(二)明知他人利用赌博机开设赌场，具有下列情形之一的，以开设赌场罪的共犯论处：

1、提供赌博机、资金、场地、技术支持、资金结算服务的；

2、受雇参与赌场经营管理并分成的；

3、为开设赌场者组织客源，收取回扣、手续费的；

4、参与赌场管理并领取高额固定工资的；

5、提供其他直接帮助的。

(三)明知他人实施赌博犯罪活动，而为其提供资金、计算机网络、通讯、费用结算等直接帮助的，以赌博罪的共犯论处。

四、法律风险与防范

在厘清赌博罪与开设赌场罪的法律边界后，我们必须清醒地认识到涉赌行为不仅面临严厉的刑事制裁风险，也可能会被行政处罚，是侵蚀个人理性、破坏家庭幸福、危害社会秩序的毒瘤。做到以下几点有助于我们远离涉赌犯罪和违法行为：

认清本质，远离任何形式的赌博漩涡。

法律惩处涉赌犯罪的核心在于行为的“营利目的”与“组织经营”性质。切勿抱有“小赌怡情”或“技术博弈”的侥幸心理。

任何试图通过“抽头渔利”、设定赔率差或提供稳定赌博条件来牟利的行为，都已游走在犯罪的边缘。对于伪装成游戏、理财、购物乃至体育竞技的各类新型赌博模式，请牢记一个简单判断标准：凡以少量

投入博取不确定的、高额现金或可直接变现财物回报的活动，其本质即为赌博。

守底线，坚决不组织、不参与、不提供帮助。对普通公众而言，绝不组织或参与任何有抽头渔利的牌局、网络赌球、非法彩票、抢红包接龙等。为亲友娱乐提供场所时，应严格确保无营利性质，且赌资数额微小，避免滑向“聚众赌博”。

对潜在经营者而言，切勿将“开设赌场”视为普通生意。无论是线下场所还是线上平台，一旦实施了提供赌具、资金结算、招揽赌客等管理行为，即构成犯罪。其刑罚远重于赌博罪，且犯罪记录将伴随终生。

对相关行业从业者而言，网络技术、支付结算、场所租赁等行业的从业者，应加强法律审查。明知他人实施开设赌场犯罪，仍为其提供技术支持、资金支付结算、广告推广或场所租赁等帮助，可能依法构成共同犯罪。

积极作为，用合法方式替代不良需求。若寻求娱乐，请选择完全脱离金钱输赢的休闲活动。若想要投资理财，请通过银行、证券等合法金融机构进行。赌博所承诺的“暴富”，其背后唯一确定的只有“暴负”的风险与法律的严惩。



纪冲 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向: 刑事辩护、民商事争议

解决及执行公司合规

联系方式: 156 2906 7308

《治安管理处罚法》新规与刑法正当防卫的区别分析

作者：陈姝航

2026年1月1日，历经近20年首次全面修订的《中华人民共和国治安管理处罚法》正式施行，其中，对“正当防卫”的规定引起不小讨论。新规打破了“被打还手即互殴”的传统认定模式，明确了治安管理领域正当防卫的边界。这一修订不仅让公民面对不法侵害时“敢还手、会还手”，更实现了与《刑法》正当防卫制度的顺畅衔接。但二者在适用场景、限度标准等方面仍有显著差异。本文将从修订背景、与刑法规定的区分、权益保护建议三方面展开解读。

一、新规修订背景：为何要明确“被打还手”的法律边界？

生活中，“被打还手”的场景并不少见：市场摊贩因琐事冲突、餐馆里遭遇醉酒者挑衅等。在此次修订前，因《治安管理处罚法》未对“被打还手”的性质作出明确规定，实践中常出现“各打五十大板”的“和稀泥”式执法：无论是先动手的施暴者，还是后反击的受害者，只要存在肢体冲突，都可能被认定为“互殴”并面临治安处罚。这种认定方式不仅与公众“法不能向不法让步”的朴素正义观相悖，更

让受害者陷入“要么忍气吞声、要么还手担责”的两难境地。

此次修订的核心动因，源于两方面现实需求：

1、回应社会争议，纠正执法偏差。以往，“还手即互殴”的认定引发诸多争议。例如上海地铁曾有男子被扇10个耳光未还手，仅施暴者被拘；而另一男子被打后反击，却与施暴者一同受罚的情况。此类案例引发公众对“还手”到底如何认定的广泛讨论，亟需立法明确认定边界。

2、衔接刑法制度，完善防卫体系。《刑

法》第二十条早已有正当防卫制度，但治安管理领域缺乏对应条款，执法机关缺少法律依据，从而出现认定不一的情况。新规通过明确治安领域的正当防卫规定，形成了“治安防卫——刑事防卫”的完整法律链条，与刑法形成紧密衔接。

二、被打还手的认定：与《刑法》正当防卫的区分与衔接

治安防卫与刑事防卫核心区别在于侵害的严重程度，而“还手”是否构成正当防卫，需结合《治安管理处罚法》与《刑法》的规定综合判断。

（一）相同构成要件

无论是治安领域的“被打还手”，还是刑法领域的“正当防卫”，均需满足以下五个条件：

- 1、起因条件：存在现实的不法侵害；
- 2、时间条件：不法侵害正在进行；
- 3、对象条件：防卫行为仅针对不法侵害者本人；
- 4、目的条件：防卫目的是制止不法侵害；
- 5、限度条件：防卫手段与侵害的程度

相适应，不能明显超过必要限度。

（二）核心差异

尽管构成要件一致，但由于规制的“侵害严重程度”不同，二者在具体适用上存在显著区别，核心体现在三个方面：

1. 使用场景：治安防卫仅适用于轻微违法行为（未达刑事犯罪标准），如扇耳光、推搡、未致轻伤的殴打等；

2. 限度标准：治安防卫适用标准为未造成“较大损害”，而刑事防卫适用标准为未造成“重大损害”；

3. 特殊防卫权：治安防卫没有无限防卫权规定，而《刑法》中针对严重危及人身安全的暴力犯罪，防卫造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。

三、律师建议：面对不法侵害，如何“合法还手”？

新规虽明确了“被打还手”的合法性，但实践中仍需结合具体场景判断。作为普通公民，在面对不法侵害时，需牢记“三可三不可”，最大限度保护自身权益。

（一）优先选择“避险”，保留证据是关键。

面对不法侵害，若有条件躲避、离开现场或寻求他人帮助（如呼叫保安、报警），应优先选择“避险”而非直接反击。这既能避免冲突升级，也能为后续认定“防卫意图”提供依据。同时，务必通过以下方式固定证据：及时报警；拍摄现场视频、照片、留存证人联系方式，便于后续找人作证；

（二）若需反击，牢记“三不原则”，避免防卫过当。

不超出侵害强度、不针对无关人员、不持续攻击。

（三）若对处罚结果有异议，及时通过法律途径维权。

如申请行政复议、提起行政诉讼、委托律师寻求法律帮助。

四、结语

新《治安管理处罚法》既赋予公民面对不法侵害时反击的“底气”，也划定了合法防卫的边界。作为普通公民，要明白防卫有限度，才能在维护社会秩序的公平正义的同时，保护自身权益。



陈姝航 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：刑事辩护

联系方式：021-56782789

关联交易合规路径指南

——以新《公司法》即司法解释征求意见稿为视角

作者：刘璇

关联交易，这一公司治理中永恒的话题，在公司经营中，是一把“双刃剑”。正当的关联交易可降低交易成本、稳定供应链、提升经营效率；但不当的关联交易却易化为利益输送的通道，损害公司、中小股东及债权人的合法权益。据统计，2016年-2025年期间以“公司关联交易损害纠纷”为案由裁判文书共计1222份，其中2021年达到峰值（194份），随后逐年递减。这一趋势反映随着《公司法》不断的修订，公司在关联交易合规治理方面亦愈加完善。2023年新修订的《公司法》及近期发布的《公司法司法解释（征求意见稿）》（下称“征求意见稿”）第三条，更是对关联交易的主体范围与审查标准作出细化，共同构建了更为严密、系统的关联交易规制体系。核心变化在于：关联交易的合法性审查已从“程序合规”的单维度，全面转向“程序正当”与“实质公平”并重的双维度审查。

一、关联关系的法律界定：扩展与细化

2005年《公司法》修订首次明确关联交易，第二十一条规定：公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任，首次将控股股东、实际控制人纳入规制范围。此后，2013年、2018年《公司法》修正均无变化。新《公司法（2023修订）》第二百六十五条【关联关系】“指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、

高级管理人员与其直接或间接控制企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。”主体关系维度，原有控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员基础上，新增公司董事、监事、高级管理人员的近亲属及其控制企业以及其他有关联关系的关联人，形成“核心关联人+辐射关联圈”。

二、规制的演进：从“事后追责”到“全流程防控”

旧公司法（2018修正）以“事后惩戒”为核心，未明确关联交易的事前审批程序。

《公司法解释五》作为旧法框架下的司法补位，重点强化了“事后追责”的力度，其第一条明确规定：“双控人+董监高关联交易损害公司利益的，即使履行了信息披露、股东会决议等程序，被告以此抗辩的，人民法院不予支持。”这一规定打破了“程序合规即免责”的误区，确立了“实质公允优先于程序合规”的司法原则。

新《公司法》第一百八十二条重构了

规制逻辑，确立了“全流程防控”的核心思路：

1、事前报告：增设关联交易报告义务，要求董监高及时向公司报告关联交易情况；

2、事中审议：明确关联交易的审议表决机制，分别规定了董事会或股东会的审批权限；

3、事后追责：强化董监高的忠实义务，将关联交易纳入忠实义务的规制范围，确保责任追究。

（征求意见稿）第三条【关联交易】

将“事前审批程序”上升为强制性要求，明确“未经法定报告或决议程序的关联交易，公司可请求法院确认对公司不发生法律效力”。不发生法律效力仅意味着公司无需履行合同义务，但交易相对人为善意时（如

已尽合理审查义务、不知晓关联关系），可依据《民法典》第一百七十二条表见代理规则主张交易有效，平衡公司利益保护与交易安全。

三、司法审查的三大焦点：穿透、程序与公允性

当关联交易引发诉讼时，无论是公司直接提起的损害赔偿诉讼，还是股东提起的代表诉讼，法院的审查逻辑通常围绕以下三大焦点展开，这也构成了各方攻防的核心：

焦点一：关联关系与关联交易的穿透认定。这是所有关联交易争议的逻辑起点。司法实践早已超越股权、任职等表面联系，采用“实质重于形式”原则进行穿透认定。根据新《公司法》的精神，审查范围包括但不限于：股权控制关系、实际支配关系、亲属关系、实质上的利益共同体或一致行动关系等。交易形式上发生在公司与非关联方之间，但若有证据证明该非关联方系受控股股东或董监高实质控制，或交易旨在服务其个人利益，则仍可能被认定为关联交易。原告方（公司或股东）在此环节负有初步的举证责任。

焦点二：决策程序是否合规。程序审查是判断交易是否具备合法性外观的关键。法院将严格审查：1. 披露是否充分：关联方是否按照新《公司法》第一百八十二条的规定，向董事会或股东会全面、真实地报告了交易的所有重要信息，特别是其在该交易中的利益关系；2. 回避是否彻底：在董事会或股东会表决时，有关联关系的董事或股东是否被有效排除在表决之外；3. 决议是否有效：批准交易的决议是否由无关联关系的董事或股东按规定比例（如过半数）有效作出。需再次强调，根据《公司法司法解释五》第一条的精神，程序合规是重要抗辩，但非绝对免责金牌。若原告能证明交易实质上不公平，程序合规的抗辩将不被支持。

焦点三：交易实质是否公允，是否损害公司利益。这是决定诉讼成败的终极战场。核心在于论证交易条件（如价格、付

款方式、交付标准等)是否偏离独立第三方之间在正常商业条件下进行的公平交易。原告需要提供证据证明公司因该交易遭受了具体损失,例如支付了明显高于市价的贷款、接受了低于市价的资产转让、承担了不合理的担保责任等。此时,可能涉及审计、评估等专业机构的鉴定意见。而被告则需举证证明交易的商业合理性、对价公允性以及为公司带来的整体利益。新《公司法》体系下,法院在此环节享有充分的裁量权,综合考量行业惯例、公司经营需要、交易背景等多种因素进行判断。

因此,关联交易并不禁止,既要“程序正当”也要“实质公平”。例如:(2019)

浙01民终9301号案,裁判观点“关联交易损害公司利益的,履行法定程序也不能豁免关联交易赔偿责任。而本案的关联交易未经得股东会同意,即使康达公司的股东对关联交易知情并同意,也不能作为豁免关联交易赔偿责任的理由和依据。”即体现“程序正当”。

(2021)最高法民再181号案,裁判观点“案涉关联交易价格是否符合市场公允价格。公司法保护合法有效的关联交易,并未禁止关联交易,关联交易合法有效的实质要件是交易对价公允。”即体现“实质公平”。

四、企业关联交易的合规路径

(一)完善公司章程与治理制度:在公司章程中细化关联方的定义、关联交易的范围、分级审批权限(如根据交易金额或性质,划分董事会、股东会审批阈值)、严格回避表决规则以及信息披露细则。

(二)坚持“先披露,后审议”:关联方必须在相关决策会议召开前,以书面形式向公司充分、完整地披露其关联关系及在交易中的利益性质与程度。

(三)严格执行回避:在审议关联交易议题时,关联董事、关联股东必须主动申明并离场回避,会议记录须明确记载回避情况。

(四)交易价值公允:在关联交易定价过程中,选定“第三方评估+市场比价”的定价模式,选取评估机构、审计机构对交易标的进行价格评估,增强定价结果的客观性与公信力。

结语

对于企业而言，关联交易不再是可以依赖“内部人控制”而暗箱操作的领域，而是必须暴露在合规阳光下的规范化商业行为。构建系统化的关联交易内部控制体系，不仅是为了应对监管审查与司法诉讼，更是完善现代企业治理、保护公司长期价值、赢得投资者信任的必然要求。



刘璇 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：民商事争议解决、公司股权纠纷、
合同纠纷

联系方式：13120639599

简析受欺诈受让股权维权路径

作者：李伟锋

在商业投资与股权交易中，看似诱人的“资产转让”背后，有时可能隐藏着众多“坑”。作为受让方，一旦发现接手的企业与原先介绍的严重不符，应该如何有效维权？近期，我们代理的一起股权转让纠纷案件，经上海市青浦区人民法院判决，为受让方成功“撤销协议、追回款项、获得赔偿”提供了清晰的法律路径。

一、案件背景：股权受让背后的“债务陷阱”

陈某经朋友介绍，到江西某县投资一家服装厂，该服装厂由廖某 100% 持股。廖某称当地已经很难审批服装厂，服装厂经营良好，现在因自己资金困难才转让股权。陈某听信廖某，出资 100 万受让了廖某的全部甲公司股权。协议中，廖某保证公司无未披露的对外负债、无税费拖欠、无劳务纠纷，并承诺转让后不从事同类业务竞争，股权转让前的公司债务由廖某负责。

然而，在公司股权刚变更至陈某名下后，诸多债务问题接踵而至。首先，先前的合作方对公司提起诉讼，要求公司支付贷款。并且，鉴于陈某受让的是公司 100% 的股权，该公司属于一人公司，合作方将陈某也列为被告，要求其承担连带责任。随后，各类债权人纷纷上门催讨债务，既有银行催还贷款，还有众多供货方，甚至厂房装修包工头也前来讨债。尽管这些债务均是廖某先前经营期间产生的，但各债权人仅认公司不认个人，逼迫陈某偿还债务，甚至频繁上门滋扰，采取堵门、断电等手段，致使工厂无法正常运营，不得不停工。陈某对债务真假难以分辨，陷入债务泥潭，深受其扰，处境艰难。

二、维权策略：从“解除合同”转向“撤销协议”

原告陈某最初起诉廖某要求解除合同，后在诉讼过程中我们将诉讼请求变更为“撤销股权转让协议”。这一策略调整对案件走向至关重要。

“解除合同”与“撤销协议”在法律层面存在显著区别，适用条件亦不相同。解除合同通常适用于合同有效成立后，针对履行过程中出现的严重违约等情形。撤销协议则属于撤销权行使，《中华人民共和国民法典》第一百四十八条规定，一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

尽管本案中廖某存在多项违约行为，包括协议签署后仍从事同类业务、未履行合同约定的公司债务处理义务等。但综合考量举证难度、是否达到法定解除条件等因素，我们最终将诉讼请求调整为撤销协议。

选择“撤销协议”之诉，为案件推进带来了以下战略优势：

其一，更契合案件本质，强化法官心证。通过主张“欺诈”，可将被告“恶意隐瞒债务、虚构资产”的不诚信行为置于法庭审查的核心，更易引发法官对受害方（原告）的倾向性保护，在事实认定环节占据有利地位。

其二，法律后果更为彻底。合同“被撤销”后，视为自始不具备法律约束力，这意味着整个交易的基础被彻底否定，原告“恢复原状”的请求（返还全部转让款及垫付款）由此获得更坚实的法理支撑，避免了在“解除合同”框架下可能就返还范围产生的争议。

其三，为维权成本转移提供明确依据。《民法典》第 540 条关于行使撤销权的“必要费用”由债务人承担的规定。该条款为要求违约方或欺诈方承担律师费提供了直接、明确的法律依据，而在单纯的违约解除诉讼中，律师费的支持力度和确定性通常较低。

三、法院认定：欺诈成立，撤销协议

青浦区法院经审理后认定：本案主要争议是被告廖某在签订《股份转让协议》时是否实施了欺诈行为。欺诈具有以下构成要件：1. 欺诈一方当事人有欺诈的故意。即欺诈方明知告知对方的情况是虚假的，并且会使对方当事人陷于错误而仍为之。2. 要有欺诈另一方的行为。即欺诈方将其欺诈故意表示于外部的行为。3. 受欺诈方签订合同是由于受欺诈的结果。本案中，原告以被告在签订《股份转让协议》时未向其披露甲公司存在贷款、大额债务等事宜而主张廖某实施了欺诈行为。对此法院认为，根据《股份转让协议》约定，截至本协议签订日，廖某保证目标公司没有未

经披露的对外负债、没有未缴纳的税费。原告系基于廖某陈述与保证是真实的才订立和履行协议。现原告已举证在双方签订《股份转让协议》之前，甲公司存在对外负债，故对于原告主张廖某的行为构成欺诈，要求撤销《股份转让协议》的诉请，本院予以支持。

此外，合同撤销后，被告应返还原告已支付的股权转让款及原告为被告垫付的各项债务款项，法院并依据《民法典》第540条及相关司法解释，认定原告为维权支付的合理律师费属于“必要费用”，应由被告承担。

四、给股权受让方的法律建议

尽管案件获得了胜诉，但客观地讲，对股权受让人来讲，这次投资的损失是巨大的，耗费的时间精力金钱，难以实际完全获得救济。我们对股权受让人特别提醒：

（一）虽然许多合同中有约定股权转让前的公司债务由原股东负责，但实际操

作中，原股东不去处理公司债务，受让人将处于非常被动的困境，并不得不由先去处理债务偿还事宜，并承受许多纠纷困扰，这是股权受让人必须高度重视的。

（二）签约前尽职调查必不可少，要求转让方提供完整的企业信用报告、财务

报表、债务清单、诉讼情况等。可委托律师或专业机构进行法律与财务尽职调查，尤其关注隐性债务、对外担保、劳动合同、税务合规等。

(三) 股权转让看似一纸协议，实则涉及企业资产、负债、经营、人员的全面交接。受让方一旦发现“货不对板”，应及时借助法律手段，通过撤销或解除合同、追回款项、索赔损失等方式挽回损失。



李伟锋 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

业务方向：公司治理、股权纠纷、
股权架构、股权激励、
金融投资

联系方式：18917905291

网络主播跳槽的“紧箍咒”：竞业限制条款的效力分析

作者：严佩珊

随着网络直播业的迅速发展，主播与MCN机构、平台公司之间的“分手”纠纷呈井喷式爆发，而“竞业限制条款”作为约束主播离职去向的核心工具，是否有效？约定的权利义务如何理解？在实务中不无争议，本文即结合各地司法实践（以上海地区为主）的裁判案例试作分析。

前提：明确主播与签约方之间的法律关系：合同 or 劳动？分析竞业限制条款效力，首先需明确主播与签约方之间是何种法律关系？不同的法律关系决定了将在何种法律框架下进行审查，对此，上海一中院给出了明确的指引：情形一：如果双方是民事合同关系，如演艺经纪合同、委托合同等，则竞业限制约定属于意思自治范畴，效力审查聚焦于条款是否公平、权利义务是否对等。情形二：如果双方构成劳动关系，则竞业限制条款受《劳动合同法》规制，且用人单位需依法支付经济补偿。

鉴于合同和劳动关系的区分标准，现有研究已比较成熟，本文不作赘述，而是分别对两种情形下的判断标准进行解析。

情形一：合同关系下，与网络主播签订的竞业限制条款是否有效？

合同关系下，仅从司法实践裁判结果来看，竞业限制条款的效力认定似乎尚未形成明确倾向。但只要仔细观察，就不难发现是因为现实中主播和平台的合同种类繁多、实际履约情况复杂，必

须个案分析，才导致出现看似“结果各异”的裁判。因此，此类案型裁判结果统一也并不现实，关键还是掌握合同分析的一般规则。

代入主播与平台的合同关系：通常



聚焦劳动法

而言，根据意思自治，竞业条款原则上有效，一般也不会触发《民法典》总则篇的无效条款。因此，如果法官认为双方权利义务严重失衡，竞业条款不应对主播发生效力时，往往需要另辟蹊径。

在（2024）沪0117民初1720号案中，上海市松江区人民法院认为，竞业限制条款约定属于格式条款，加重了原告的责任并限制了原告的自主择业权益，故对于平台要求禁止原告在全媒体平台开展直播业务3年的诉请，不予支持。

但通过剖析案件事实可以发现，该案中平台和主播的《经纪合同》第5款约定：“乙方同意本合同约定的全部收入已包含甲方就本条竞业限制所应向乙方支付的补偿，乙方不得再就本条竞业限制要求甲方支付任何补偿。”可见，平台通过条款设计完全豁免了自己的“补偿义务”，且竞业限制期过长，严重剥夺了主播的就业自由权，双方权利义务显著失衡，这才是竞业限制条款被认定无效的根本原因，而并非只要通过

格式条款约定就一定无效。这里法官运用格式条款规则，多半是因为《民法典》规定的“显失公平”对应的法律后果是“可撤销”，但“撤销”需要当事人主张，为了一次性解决纠纷，法官不得不灵活变通，进行了技术性处理。

明确这一问题后，再看其他案件就一目了然，北京市第一中级人民法院（2021）京01民终10313号6案就非常经典，该案中，一审法院粗糙地适用格式条款认定竞业限制条款无效，二审法院则结合全案，充分考虑了经纪公司前期的投入，最后认定2年的竞业限制协议有效，但同时也考虑到双方短期合作，且公司方不提供竞业禁止补偿这两项关键因素，最后象征性地判赔主播承担2100元违约金。

二审裁判明显优于一审的原因在于，本案中竞业条款无效/可撤销的事由非常牵强，首先，当事人权利义务未显著失衡，其次，格式条款毕竟只是“技术手段”，况且本身论证难度也不低，

聚焦劳动法

比如当《经纪合同》是平台为主播“私人定制”时，双方通常有“讨价还价”的过程，主播接受竞业条款，往往是为了获取高额回报的“自愿妥协”，即竞业条款的诞生是双方充分利益衡量的结果。尤其是知名主播，在合同条款拟定时有不小的“话语权”，此时便很难说构成格式条款。因此，法律的逻辑必须遵循，约定该有效时就有效，但法律后

果却可以通过违约金的灵活调整，以实现双方当事人的利益平衡。

同时，这篇裁判也给实务从业者以启示，即合同关系下主播竞业限制义务的“对价”不单看是否有“补偿金”，而要综合考虑平台的整体投入，包括但不限于实际付出的人力、物力以及其他履约成本。

情形二：劳动关系下，主播是否属于适格的竞业限制主体？

即便在劳动关系框架内，也并非所有主播都会受到竞业限制的约束，而需要进一步审查主播是否属于《劳动合同法》第二十四条规定的三类人员，鉴于“高级管理人员”“高级技术人员”的认定标准较为简单，争议多集中于对“其他负有保密义务人员”的认定上。

早些年因竞业限制群体存在扩张倾向，司法裁判多认定主播属于“其他负有保密义务人员”，但裁判标准不一，有的会实质审查，有的仅形式审查。如

(2021)沪01民终2327号案中，上海一中院认为虽然该主播并非高管，但结合案件中该名带货主播可通过登录公司管理系统了解公司的客户信息、成本利润等相关内容，认定为属于“负有保密义务”的人员，符合竞业限制的适格主体。但在(2021)沪01民终1853号案中，法院对于“其他负有保密义务人员”的认定仅依据双方是否签订了竞业协议，并没有实质性审查。

近些年，随着对竞业限制适格主体

聚焦劳动法

的审查日趋严格和规范，法院开始对“主播是否会接触商业秘密”“平台或机构存是否存在商业秘密”以及“采取何种保密措施”等问题开始实质性审查。如上海一中院于 2025 年 12 月 30 日发布的“涉新业态劳动争议典型案例”中，法院指出判断的核心标准在于“主播是否会接触商业秘密”这一事实。该

案中法院经审理认为，史某在任职期间能够获取“该直播间的销售数据、客户偏好、大促活动安排”等具体经营信息，这些信息经公司采取保密措施，能为公司带来竞争优势，构成商业秘密。因此，史某属于“其他负有保密义务的人员”，是竞业限制的适格主体。



对 MCN 机构、平台公司的实务建议

首先，MCN 公司签约时应根据合作模式准确界定法律关系，再针对性地设置

竞业限制条款：若意在建立劳动关系并设定竞业限制，务必在劳动合同或单独

聚焦劳动法

协议中，明确该主播因何而被认定为“负有保密义务的人员，笔者建议如下：（一）可以在合同中对“商业秘密”进行精准约定，如后台运营数据、独特的选品供应链清单、核心客户画像等；（二）并注意留存采取合理保密措施的证据；（三）同时，竞业限制条款应严格遵循劳动法规定，如竞业期约定超过2年的部分则可能被认定无效。

若意在建立服务合同、经纪合同等，笔者建议如下：（一）约定合理违

约金：违约金的数额应与自身可能遭受的实际损失、前期投入成本、主播的薪酬水平相关联，设定一个具有威慑力但不过分的金额，以提高在诉讼中被法院全额支持的可能性；（二）在拟定竞业限制条款时，务必做到“指向清晰、标准客观”，比如应列明受限制主播的唯一ID、昵称及平台，避免使用泛指，并量化触发条件（如以粉丝数为标准，则需明确统计平台、统计截止时点及第三方数据来源）。



严佩珊 律师

上海七方律师事务所 合伙人

业务领域：企业法律顾问、民商事争议解决、

涉外法律服务

联系电话：182 2103 5988



“客观情况发生重大变化”解除劳动合同实务分析 ——以《劳动合同法》第四十条为视角

作者：原悦

笔者在工作中，经常会遇到客户咨询：
什么情况下可以要求单位支付“N+1”？

我们日常所说的“N+1”的法条依据即为《劳动合同法》第四十条，该条款原文为：“第四十条 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜

任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。”

在上述涉及的3种情形中，用人单位将第三款援引作为解除劳动合同的依据最为常见。该法条包含了以此作为合法解除依据的五大要件：一、存在“客观情况发生重大变化”的事实；二、导致“劳动

聚焦劳动法

合同无法履行”的后果，变化须达到致使原合同核心内容无法继续执行的程度；三、履行了“协商变更”的法定前置程序，并非直接协商解除劳资双方的劳动关系，且协商必须是诚实、善意的，亦非形式化协商；四、协商变更未能达成一致，仅在协商无法达成一致后，用人单位才获得单方解除权；五、履行了“提前通知或代通知金”及支付经济补偿金的义务。

实践中，用人单位往往会以组织架构调整、部门岗位撤裁、管理层发生变动、

业务量萎缩业绩不佳等为由，套用《劳动合同法》第四十条第三款的内容来解除与劳动者之间的劳动关系。那在这样的情况下，劳动者如何确认用人单位当前的情况是否将“主观经营决策”包装成“客观情况变化”，单位又是否对“客观情况重大变化”作了扩大解释，自己的岗位被优化又是否真的合法，单位给出的调岗方案又是否合理？对于如何才能合法适用该条款作为解除的法律规定，需要从以下几个维度进行综合考量和把握。

一、从上海地区判例看“客观情况重大变化”

上海裁审机构对“客观情况重大变化”的认定作限缩性解释，通常不采纳用人单位单纯基于企业内部管理或决策上的“变化”即构成“客观情况重大变化”的主张。具有外部性特征的、不可归责于用人单位客观重大变化才是《劳动合同法》第四十条第三款规制的情形，用人单位常常说的存在经营困难、业务量萎缩、经营策略调整应存在较强

的内部性，若用人单位无法充分举证变化系结构性、行业性的，则容易被裁审机构认定为违法解除。

检索上海地区以该法条作为解除依据的判例可以发现，“变化”指确存在具有“客观性”的非用人单位主观意愿所能决定的，同时具有“重大性”，会对劳动合同履行基础产生根本性的影响。



聚焦劳动法

同时，“客观情况”的变化须达到“致使劳动合同订立时约定的工作内容、工作地点等与劳动合同重大事项无法继续按照原合同履行”的程度。例如，劳动者由技术性管理岗位被调整至行政性辅助岗位，或劳动者的工作地点由上海变更为外省市，通常可以会被认定为构成“无法履行”。笔者认为，是否属于无法履行的程度应当根据变更工作前后的实际情况进行判断，就比如单位将员工的工作地点由

上海金山调整至上海宝山，虽该调整仍在上海市内并未跨省，但给劳动者带来的通勤困难程度远远大于由上海嘉定调整至苏州昆山，因此通勤上的变化是否会构成无法继续按照原合同继续履行应该实体上进行判断，将劳动者调整工作地点前后的实际通勤时间与成本进行对比以确定是否明显给劳动者带来了不便利，若仅以是否跨省作为认定因素可能失之偏颇。

二、是“经营困难”还是“客观变化重大变化”——区分第四十条与第四十一条（经济性裁员）

虽然《劳动合同法》第四十条以及第四十一条均涉及了“因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的”的文字表述，但《劳动合同法》第四十条适用于针对个别劳动者的“非过错性单方解除”，而第四十一条则适用于达到裁员人数或规模，且事由限于破产重整、生产经营严重困难、企业转产、重大技术

革新、经营方式调整且变更合同后仍需裁员、或客观经济情况重大变化致合同无法履行等原因的“经济性裁员”，指向群体性的人员优化。

但《劳动合同法》第四十二条规定了适用上述两法条的规定解除劳动合同的“例外”特殊群体，比如三期女职工、工伤员工、医疗期内员工等。

三、“协商变更”不是走过场，为刚性前置程序，举证责任在于用人单位

根据我国劳动法及劳动合同法的相关规定，因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。因此，“发生重大变化”的举证责任在于用人单位，且须证明已与劳动者就变更劳动合同内容开展了协商，否则将承担违法解除的举证不能后果。

单位无法形成有效的董事会决议以证明经营状况，将自身的企业风险转嫁于员工，利用其优势地位强制员工转岗撤岗，形式协商后解雇劳动者的做法并不合规。因此，裁审机关会对劳资双方协商的内容进行实体审查，如单位充分考虑实际情况并与员工就岗位薪资调整的合理性、岗位跨度的合理性、劳动者技能是否相匹配、薪资水平和原薪资是否相当、职务的变动是否合理等方面进行了切实磋商，则可以认为用人单位已就劳动合同内容的变更与劳动者进行了协商。

单位提供了其他岗位并进行了协商，即使未达到原岗位的薪资标准，但与原岗位具有一定关联性，在原岗位不复存在、原下属已划分至其他部门，而单位难以提供原岗同职级同酬同薪的新岗位的，虽未达成一致，也可以认定用人单位已就变更劳动合同内容进行过协商，已然尽到与员工协商变更劳动合同内容的义务，若员工坚持不愿调岗，或特殊的专业背景所限无法调整至其他岗位，则会被裁审机构认定为已经经过切实磋商。

用人单位未经过协商变更劳动合同内容或协商仅流于形式，后续直接解除了双方之间劳动关系的，会被裁审机构认定为违法解除，需要承担违法解除的法律责任。

笔者代理的一起劳动争议案件中，单位在协商变更劳动合同内容时并未提供调岗的具体方案，而是告知可以推荐员工去集团公司的其他岗位进行应聘则被认定为违法解除。笔者在代理过程中明确，

聚焦劳动法

一是用人单位在其企业内部上发布了某岗位招聘信息，且向劳动者提供了一个岗位推荐面试的机会，后续是否可以顺利入职新岗位系待定状态，仍存在员工被认为不合适该岗位而无法调岗的可能性，单位并非提供一个具体的、特定的、合理变更的工作岗位来与劳动者进行协商；二是单位存在常态化转岗的机制，员工在日常工作过程中均可以视自身条件向单位申请去其他岗位进行锻炼，因此不应认定双方

就劳动合同内容的变更进行过实质性的磋商与沟通。需要考虑：（一）用人单位告知劳动者客观情况发生重大变化时，是否正式、准确、全面；（二）协商的过程是否由用人单位主动发起并主导；（三）用人单位提供的变更后的劳动合同内容是否具体、是否符合用人单位的现状、对劳动者而言是否合理；（四）协商过程中是否给予劳动者充分考虑时间、是否有威胁不同意变更就解除合同。

四、第四十条第三款作为“最后手段”，企业自主经营权与劳动合同稳定的平衡艺术

上海裁判机构对于《劳动合同法》第四十条第三款的适用持审慎的态度，往往认为企业不能轻易地将经营风险通过此条款转嫁给劳动者，劳动者的就业稳定权应与企业的经营自主权保持平衡，甚至更应注重保护劳动者的就业稳定权。

笔者近期代理了一起的案子，当事人入职用人单位处担任某部门前端开发工程师一职，单位自2025年7月14日起就调岗与协商解除双方之间的劳动合同的

问题与员工进行沟通，告知其目前所在岗位及部门将被撤销，需要将其工作地点由上海调整至广东，若员工不愿变更劳动合同履行地点则将解除双方之间的劳动关系。在员工明确表示不认同其岗位被撤裁的说法且不愿变更工作地点后，单位于2025年7月16日向员工发出了《解除劳动合同通知书》，其中明确以“公司战略升级、组织架构调整，所在的工作部门及

聚焦劳动法

工作岗位不复存在”为由解除了双方之间的劳动关系。

结合本案的具体案情，笔者在与当事人沟通并结合单位提交的证据发现，用人单位仅将原部门变更了名称并小幅缩减了人员，实际上并不存在撤销岗位的情形，而调整岗位的方案需要跨省，除了通勤方面存在重大变化，那两地的社会保险、最低工资标准以及其他劳动保护等方面都

存在显著差异，很大程度上对员工产生了不利影响，在首次“协商”的第三日即向员工发出解除双方之间劳动关系的意思表示亦可以看出单位并未就变更劳动合同内容以维持双方之间的劳动关系作出努力，未尽到诚实磋商义务，并非《劳动合同法》第四十条第三款“客观情况重大变化”的情形，也并没有就变更劳动合同内容进行积极沟通协商。

五、“情势变更”在劳动合同法中的独特表达

我国的劳动法律体系虽独立于民事法律体系，但其中的一些基本原则与立法原意均有着相同的立法思路。劳动法中，在劳动合同履行的过程中因不可归责于劳资双方的客观原因致使劳动合同成立或继续履行的基础丧失，如果劳资双方继续履行劳动合同将导致显失公平的后果，此时法律允许劳动合同主体变更合同内容，若协商变更无法达成一致的可以解除合同。情势变更赋予了人民法院与仲裁机构变更或解除合同的裁量权，在合同主体丧失合作可能性导致合同目的无法实现

的情形下可以判令终止合同权利义务关系并判令违约方承担相应的违约责任，在合同僵局的前提下允许司法机关变更或终止合同，体现了公平公正的原则。而劳动关系的建立相较于普通民事合同的订立，劳资双方之间的相互信赖显然更强且劳动合同的合同期限可以为无固定期限，若不允许终止劳动合同而强制双方恢复劳动关系，明显不利于劳动关系的和谐发展。

六、律师建议

从规避用人单位随意套用客观情况发生重大变化解除的法律规定后被认定违法解除的法律风险的角度出发，并保护双方权益，用人单位与劳动者应当注意：

（一）对于用人单位而言，确有“客观情况发生重大变化”时应保留相关制度、决议、文件等，与劳动者之间就变更劳动合同进行诚实切实的磋商，遵循“相关性、合理性”原则提供工作性质、技能要求相近、薪酬待遇基本持平的替代岗位，并通

过书面的形式进行固定。若变更劳动合同内容仅为岗位名称变化，其工作内容与薪酬待遇基本不变的情况下，慎用该法条作为解除依据。

（二）对于劳动者而言，在用人单位告知客观情况发生重大变化时，有权要求用人单位说明理由并给出相关依据等。确有相关情形的，可以与单位积极通过协商变更劳动合同内容的形式以促进劳动关系的继续履行，避免后续产生诉争。



原悦 律师

上海七方律师事务所 律师

七方所劳动法律服务部 律师

业务方向：劳动法、民商事争议解决

联系电话：182 1726 8150



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：吕新雅、朱好婕、岑玉姣、刘永琴

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：www.7-dimension.com

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼A、C、D座